

刑事法総合 I (1)

高橋直哉*

I 本稿の趣旨

本稿は、筆者が2022年度「刑事法総合 I」の授業で行った取り組みのうち、授業の復習に役立つ目的で作成・配布した授業概要資料をまとめたものである。筆者は、この授業を展開するに当たって、担当当初は、事前に予習課題（事例問題）と概要レジュメを配布し、受講者がそれをもとに予習をしてくることを前提として、授業を行っていた。しかし、何回か授業をやっていくうちに、授業時間内で取り上げることができる内容はかなり限られているということを実感した。そこで、受講者の学習、とりわけ、復習に役立ててもらうために、授業の概要を文字化して、授業後に配布することにした。体裁はあたかも授業のテープ起こしのようにになっているが、実際の授業を再現したものではない。本来ならば、このような内容のことを伝えたかったのであるということを示す、いわば紙上講義のようなものである（当然ながら実際の授業がこのようにスムーズに展開することはない）。

授業を念頭に置いたものであるため、おの

ずとその分量は限定されざるを得ない。論文を書く場合ならば、様々な文献を参照しながら、細かいところまで詰めて考えることができるし、それが必要でもあるが、同じことを授業で行うことは到底できない。そのため、授業においては厳密さをある程度犠牲にせざるを得ないが、そのような制限があるからこそ逆に取り上げる内容の取捨選択が厳しく問われることになる。法曹を目指す者が、この段階で何をどこまで修得すべきかを精査し、その内容をできるだけ理解しやすい形で伝えなければならない。これは言うは易く行うは難しであり、今もって納得のいく授業からは程遠いが、常に授業において何をどのように話すべきか、ということ意識することによって、少しでも授業が良いものになっていくのではないかと、いう思いはもっている。ここでまとめた資料も、そのような私の取り組みの一部である。

II 授業概要

この授業で、筆者は、共犯論の部分（全7回：第15回～第21回）を担当した¹⁾。以下に掲載するのは、それぞれの授業回の後に、受講生に配布した資料である²⁾。

* 中央大学法科大学院教授

1. 第15回 共犯の従属性

今回のテーマは共犯の従属性です。現在では、実行従属性、要素従属性、罪名従属性の3つに分けて論ずることが一般的になっています。

まず、実行従属性ですが、これは、共犯は犯罪実現のどの段階に至れば可罰的となるか、という問題です。問1³⁾では、Xは、Aに窃盗を教唆したが、Aは窃盗の実行に着手しなかったという例を挙げています。これは「教唆の未遂」と呼ばれているケースですが、このような場合に、Xを窃盗教唆の未遂として処罰することができるかといったことがここでは問題となります。

ところで、少し脱線しますが、ここで取り上げているのは「教唆の未遂」ですが、これと似た言葉に「未遂の教唆」というものがあります。皆さんは、この2つを正確に区別することができるでしょうか。「未遂の教唆」というのは、最初から未遂に終わることを知りながらその行為に出ることを教唆するという場合で、教唆犯の故意が問題になるものです。後で、基本書で確認してください。なぜ、今、こんなことに触れたかという、似たような言葉や紛らわしい概念などは、互いに比較したり、関連づけたりして勉強することが有益である、ということに留意してほしいからです。似たような言葉や概念、関連する言葉や概念がある場合には、そのようにしてまとめて理解した方が、単独で覚えるより

もはるかに効率的で正確な理解が定着すると思います⁴⁾。例えば、不法領得の意思について尋ねると、多くの学生さんは窃盗罪における不法領得の意思について話し始めますが、それでは横領の場合はどうなの、窃盗の場合との違いはどこにあるの、なぜそのような違いが出てくるの、といった質問をするとうまく答えられない人が結構出てきます⁵⁾。これは両者を比較し、関連づけて理解するという視点が欠けているからでしょう。ですが、両者の違いも併せて理解していなければ、本当に理解したことにならないのは当然です。例えば、択一式の問題で、不法領得の意思について問われているが、選択肢のうち3つは窃盗罪に関するもので、2つは横領罪に関するものとしたら、両者の違いも含めて理解している人でなければ正解にたどり着くことができないでしょう。よく基本書のクロスレファレンスが大切だといわれますが、それはこのような立体的な理解に役立つからだと思います。

さて、話を本題に戻しましょう。この実行従属性については、共犯従属性説と共犯独立性説がありますが、現在では前者で意見が一致しています。常識的に考えてみても、単独犯の場合、窃盗の準備行為をしても不可罰であるのに（窃盗に予備罪処罰規定はありません）、他人に窃盗を教唆したらその段階で窃盗教唆の未遂として可罰的となる、というのは、あまりに不均衡だと思うでしょう。また、実質的に見ても、このような段階で可罰的だとするのは、あまりに早い段階で刑法が介入

することになり適切ではないといえるでしょう。ですので、共犯従属性説が妥当ということで、現在ではほぼ決着がついているとよいと思います。

【実行従属性に関する諸見解】

A 説：X は窃盗教唆の未遂として可罰的である（共犯独立性説←主観主義刑法理論）

B 説：X は不可罰である（共犯従属性説：通説）

- ・未遂犯は結果発生 of 具体的危険が発生したことを根拠として処罰されるのであり、そのような危険性は正犯が実行に着手して初めて肯定される
- ・現行法は、教唆・幫助の成立に正犯の存在を前提としている（61 条, 62 条）
- ・教唆の未遂, 幫助の未遂を一般的に処罰することは、処罰時期を早め過ぎ、処罰範囲を拡大しすぎる（→窃盗犯人自身が予備行為を行っても不可罰なのに、他人に窃盗を教唆した場合にはその他人が窃盗の予備行為にすらとりかからなくとも窃盗教唆の未遂として可罰的となるとするのは不均衡である）
- ・独立教唆罪の規定（破壊活動防止法 38 条など）が教唆の未遂を特に軽く処罰しているのは、教唆の未遂が本来は不可罰であることを示している

しかし、それでは、なぜ共犯独立性説のような考え方が主張されている（いた？）のでしょうか？ ここには、学派の争いという問

題が関係しています。皆さんは、もうほとんど習うことはないかもしれませんが、かつて、学派の争いといって、刑法に関する基本的なものの見方に関する激しい見解の対立がありました。極めて大雑把にいうと、犯罪の本質を行為が有する有害性や危険性に求める立場を客観主義刑法理論（旧派）と呼び、犯罪の本質を行為者が有する社会的な危険性に求める立場を主観主義刑法理論（新派）と呼びます。この主観主義刑法理論によれば、行為者の社会的な危険性が外部に現れれば、既にその段階でそれに対する社会防衛の措置として刑法による介入を正当化できると考えられそうです。そのような視点で見れば、他人に犯罪を教唆するような人がもつ社会的な危険性は、教唆行為の段階で既に外部に表明されていることになるので、正犯に当たる者が行為に出たかどうかを問題とすることなく、既に可罰的だと解されることになるのです。このように見ると、これはこれで一貫した考え方であるように思われます。類似的な考え方は、実行の着手だとか不能犯だとかという問題のところでも見られるところですが、やはりこの考え方では、刑法による介入の時期が早すぎるのではないかという印象は否めないでしょう。また、行為者の有する社会的な危険性の判断も必ずしもはっきりとしたものではありません。主観主義刑法理論が支持者をなくしていったことには、相応の理由があるといえるでしょう⁶⁾。

ところで、この実行従属性の問題は、一般に、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）が可罰的

となるためには正犯が実行に着手すること（可罰的な未遂の段階に達すること）を要するか、という形で問われており、それはそれでよいのですが、共同正犯の場合にも実質的に同じような問題があることにも留意しておいてください。例えば、XとYが窃盗を共謀し、それに基づいてYが窃盗の実行に着手したという場合、両者は窃盗未遂の共同正犯となりますが、共謀の段階で窃盗未遂となるのではなく、あくまで実行者であるYに窃盗の実行の着手が認められる段階で初めて両者が可罰的となります。従って、Xについて見れば、その可罰性は段階的に見てYの実行の着手に従属していることになるでしょう。翻って、このことは、いわゆる共謀共同正犯の場合に、共謀のみに関与した者であってもそれが共同正犯となる実質的な根拠は、その共謀段階での関与が実行に寄与している点にこそあるということを示しているように思われます⁷⁾。

このようなわけで、実行従属性の問題は、典型的な問題については既に決着しているといえそうですが、関連する問題として予備罪の共犯を認めることができるかどうか、という問題があります。例えば、問2⁸⁾では、予備罪の共犯を肯定すればX及びYを殺人予備罪の共同正犯として処罰することができるが、否定すれば、Xは殺人予備罪の単独犯でありYは不可罰ということになるでしょう。この問題については、否定、肯定両方の見解が唱えられていますが、検討を要するポイントは、形式面と実質面に分けることができそ

うです。まず、形式面としては、60条以下は「実行」(60条, 61条)、あるいは、「正犯」(62条)を前提としており、いずれも実行行為が行われることを要件としているが（「正犯」は実行行為を行う者であるとする素朴な解釈をとりあえずここでは前提としておきましょう）、予備行為は実行行為よりも前の段階の行為であるから、それ自体は実行行為ではないので、60条以下の規定を適用することはできないのではないか、という点が問題となります。確かに、現行法は、予備と未遂を「実行に着手」(43条)したか否かによって区別していることからすると、予備行為は実行行為ではないからそれに対する共犯は成立の余地がない、という論理は一見すると正しいように見えます。しかし、ここは検討を要します。例えば、殺人予備罪の規定を見てみましょう。私が皆さんに「殺人予備罪の実行行為は何ですか?」と聞いたとします。経験上、ほとんどの場合、聞かれた学生さんは、「(第199条の罪を犯す目的で)予備をすることです」と答えます。さて、この質疑応答にどこがおかしなところはあるでしょうか? ほとんどの人は、この質疑応答を当たり前のこととして受け止めると思います。つまり、殺人予備罪にも実行行為はあると考えているのです。ここには、実行行為という言葉の多義性の1つが現れています。犯罪の発展段階に即して考えるならば予備行為は実行行為ではないでしょう。しかし、実行行為という言葉は、そのような意味合いだけではなく、その犯罪を構成する行為（その犯罪の構成要件に該当

する行為) というような意味合いでも用いられます。実行行為という言葉のこのような使用法がアプリアリに否定されるわけではない以上、予備行為は実行行為ではないという形式的な理由だけで予備罪の共犯を否定することはできないと思われます。

とすれば、次に問題となるのは実質面です。ここでは2つのことが問題となります。まず、そもそも予備罪は一定の重大犯罪に限定して例外的に処罰の対象になっているものであり、その法定刑も未遂に至った場合に比較すると格段に低いことから、更にその周辺部分に位置する共犯まで、特に従犯まで処罰する必要性はないのではないか、という処罰の必要性あるいは当罰性の観点からの問題があります。この問題を考えるために、64条を見てみたいと思います。64条は、「拘留又は科料のみに処すべき罪の教唆者及び従犯は、特別の規定がなければ、罰しない」と規定しています。これが、軽微な犯罪に関しては教唆犯・幫助犯を処罰しない旨を定めた規定であることは明らかでしょう(ちなみに、現行刑法典において「拘留又は科料のみに処すべき罪」としては侮辱罪[231条]がありますが、最近、法的刑の引き上げが議論されています⁹⁾)。少し脱線しますが、「拘留又は科料のみに処すべき罪」の代表例に軽犯罪法違反の罪があるのですが、同法には特別の規定があります(3条)。さて、この64条からは、確かに軽微な犯罪についての教唆・幫助は不問に付するという見方がうかがわれますが、それは「拘留又は科料のみに処すべき罪」とい

う極めて軽微なものに限られています。これに対して、殺人予備罪や強盗予備罪の法定刑は2年の懲役まであり、決して軽微な犯罪とはいえません。従って、当罰性という観点から予備罪の共犯は否定されるべきだと断ずることも困難でしょう。

そこで、最後に残るのは、処罰範囲の不明確性及びそれに起因する処罰範囲の不当な拡大の危険性という問題です。予備行為はそれ自体がかなり多様なものを含み得るときに、更に、その共犯、特に従犯まで処罰されるということになると、処罰範囲が著しく不明確になり、結局、処罰範囲の不当な拡大につながることになるから、予備罪の共犯は認めるべきではない、という主張には一定の説得力があるように思われます。ここから先は、皆さんの考え方にお任せしますが、私は、この否定説の論拠は必ずしも決定的ではないと思っています。予備罪の共犯に当たる事例の中に当罰性のあるものが含まれているという前提に立つならば、この否定説は、確かに予備罪の共犯の中には処罰に値するケースもあるかもしれないが、その処罰を認めると処罰範囲が拡大し、本来処罰に値しないものまで予備罪の共犯に取り込まれる危険性がある、だから、処罰に値するケースも含めて予備罪の共犯は認めるべきではない、ということを主張していることになるでしょう。しかし、これは、少なくともリーズニングとして飛躍があると思います。処罰範囲の不当な拡大という懸念に対処する方法は、第一次的には、そのような不当な処罰範囲の拡大を防ぐよう

な解釈・適用上の工夫を探るべきである、というものであって、処罰を一律に断念するべきである、というものではないのではないのでしょうか？ そのような観点から見た場合、事実認定を慎重に行うなどして、不当な処罰範囲の拡大を防止することは、十分可能であると思います。従って、このような懸念には理由があるとは思わない、そこから一律に否定説に赴くのは論理に飛躍があると思うのです。皆さんは、どのように考えるのでしょうか。

【予備罪の共犯に関する諸見解】

A 説：予備罪の共犯は認められない（否定説）

- ・ 60 条, 61 条にいう「実行」, 62 条にいう「正犯」とは、少なくとも、正犯の未遂行為を意味するから、その前段階である予備行為は含まれない
- ・ 予備行為は無限定であり、その共犯を認めると処罰範囲が一層不明確に拡大する

B 説：独立罪としての予備罪（通貨偽造準備罪など）の場合は肯定し、従属予備罪（殺人予備罪など）の場合には否定する説（中間説）

- ・ 構成要件が明確に独立的に法文に規定されている場合には、実行行為を観念することができる

C 説：予備罪の共犯は認められる（肯定説）

- ・ 予備罪が独立した犯罪として処罰される以上、予備罪の構成要件の実行行為は考えられる
- ・ 予備罪処罰の正当性を認めるのであ

れば、その共犯を不処罰とする理由は基本的にはないはずである（→ 64 条は拘留又は科料のみに処すべき犯罪については原則として教唆・幫助を処罰しない旨定めているが、予備罪は一般にかなり重い犯罪として規定されている）

この問題について、判例は予備罪の共同正犯は肯定しているものの（最決昭 37・11・8 刑集 16・11・1522）、予備罪の従犯を肯定しているかは明らかではありません。ただ、予備罪の共同正犯を認めているということは、予備罪にも「実行」（60 条）があるということ認めていることになるでしょうから、理論的には予備罪の従犯も排斥されているわけではなさそうです。仮に予備罪の従犯も認めることができるとした場合には、共同正犯と従犯の区別が問題となります。例えば、問 3¹⁰ で、Y に殺人予備罪の共犯を認めるとして、その場合、これを共同正犯とすべきでしょうか、それとも従犯とすべきでしょうか。前掲最決昭 37・11・8 の考え方によれば、Y には殺人予備罪の共同正犯が成立し得ることになりそうですが、これに対しては、仮に X が実行に及んだ場合、Y は（正犯意思が欠けるため）殺人罪の従犯にしかならないとすれば、既遂になれば従犯であるものが、予備だと共同正犯になるというのは不合理ではないか、という批判があります。私自身は、予備罪に関する正犯と共犯の区別は、あくまで当の予備罪との関係で決定されるべきであり、予備

段階での関与が重要なものである場合には、他人予備行為の場合であっても共同正犯は成立し得ると考えています。予備段階と未遂以降の段階では、関与の重要性の程度が異なる場合はあり得るから、既遂になれば従犯であるものが、予備だと共同正犯になるとしても別段不合理ではないと思うのですが、皆さんはどう考えるでしょうか？

それでは、次に要素従属性の問題に移りましょう。この問題は、共犯が成立するためには正犯がどのような犯罪成立要素を備えていなければならないのか、という問題です。問4で、Xは13歳の少年Aに窃盗を教唆し、Aは窃盗を実行した、という例を挙げています。この場合、Aは刑事未成年ですから不可罰ですが、それでもXに窃盗の教唆犯は成立するのか、といったことが問われるのです。この問題については、4つの見解があるとされています。すなわち、正犯は構成要件に該当していれば足りるとする最小限従属性説、正犯は構成要件に該当し違法であることを要するが有責であることまでは必要ではないとする制限従属性説、正犯は構成要件に該当し、違法でかつ有責であることを要するとする極端従属性説、正犯が構成要件に該当し、違法、有責であり、かつ可罰性の条件まで具備することを要するとする誇張従属性説（最極端従属性説）がそれです。なお、誇張従属性説に関しては、正犯の刑を加重または減輕する事由も共犯の処罰に影響するという見解として説明しているものもあり、紛らわしいのですが、いずれにせよ支持されてはいませんので、

当面はあまり深く考えなくても結構です。検討を要するのは、それ以外の3つの見解の当否です。

【要素従属性に関する諸見解】

A説：正犯は構成要件に該当していれば足りる（最小限従属性説）

B説：正犯は構成要件に該当し違法であることを要する（制限従属性説：通説）

C説：正犯は構成要件に該当し、違法でかつ有責であることを要する（極端従属性説）

☞「誇張従属性説」……要素従属性に関しては、上記3説のほか、誇張従属性説というものがあるとされているが、その定義は、論者によって必ずしも同じではない（「正犯の刑を加重または減輕する事由も共犯の処罰に影響するという見解」という定義と「正犯が構成要件に該当し、違法、有責であり、かつ可罰性の条件まで具備することを要する」という定義が見られる）。しかし、いずれにせよ、わが国では支持されていない。

かつては、極端従属性説が通説だとされてきました。条文上も61条が「犯罪を実行させた」としているところから、「犯罪」＝「構成要件に該当する、違法で、有責な行為」を前提とするものだというようなことが根拠として主張されたりしました。しかし、現在では、極端従属性説を支持する者は少数です。近代刑法の個人責任の原則によれば、責任は

行為者ごとに個別的に作用すると考えるべきであるとか、責任無能力者や刑事未成年者などを利用して犯罪を実現した場合、これが常に間接正犯となるわけではない以上（間接正犯については次のテーマで取り扱います）、極端従属性説だと処罰の間隙が生ずるといったことが批判として挙げられています。

そこで現在では制限従属性説が通説であるとされています。皆さんも、「違法は連带的に、責任は個別的に」といった標語を聞いたことがあるのではないのでしょうか。確かに、責任は個別的に判断されるとしても、違法ではない行為に関与する行為が犯罪（違法な行為）になるというのは、おかしい感じがするでしょう。判例も、かつては極端従属性説に立っていたのではないかとわれていましたが、正犯が刑事未成年者である場合にも共犯が成立する可能性があることを示唆する判例が出てきており（最決平13・10・25刑集55・6・519）、おそらく現在では極端従属性説をとってはいないだろうとみるのが大方の理解です。そういうわけで、皆さんも、制限従属性説に従って問題を処理できれば、とりあえずは大丈夫であろうと思います。

なお、ここで、要素従属性という問題がもつ理論的な意味に関連して、少し注意しておきたいことがあります。既にお話ししたように、現在の通説は制限従属性説だというと、学生さんの中には、これを「正犯が違法であれば共犯が成立する」という見解として理解する人が出てくるのですが、厳密にいうとこれは間違いです。なぜかという、要素従属

性の問題は、共犯が成立するためには正犯がどのような犯罪成立要素を備えていなければならないのか、といういわば共犯成立の必要条件に関わる問題であって、共犯成立の十分条件を示すものではないからです。例えば、AがXに自己の殺害を囑託したがXは囑託殺人未遂（202条、203条）にとどまったという場合、Xの行為は構成要件に該当し違法ですが、制限従属性説の立場によっても、Aに囑託殺人未遂の教唆犯が成立するわけではありません。それは、A自身は被害者であり、Aは自己の生命を違法に侵害するというのではないと考えられているからです。このように、共犯として処罰が可能となるためには、正犯が違法であるだけでなく、それが共犯にとっても違法なものでなければならないと考えられています。これは共犯の処罰根拠の問題における混合惹起説という考え方によるものですが、いずれにせよ、要素従属性の問題は、共犯成立の必要条件に関する問題だということは注意しておきましょう。

さて、基本的なことはこれぐらいでよいのですが、近時、共犯と違法性阻却事由という観点から新たな議論が展開されているところがありますので、その点についても言及しておきましょう。

この議論が盛んになった契機は、最決平4・6・5刑集46・4・245でした。ポイントはこの判例が、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決すべきであって、共同正犯者の

一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない」と判断したところにあります。過剰防衛の刑の減免根拠について責任減少説を採用すれば、本決定は、責任は個別的に判断されるということを示したものにすぎない、と理解することもできるかもしれません。しかし、本決定は、積極的加害意思の存否による急迫性の肯否という点で各関与者の判断を分けています。このように急迫性の肯否によって判断が分かるとすれば、仮に実行者に正当防衛が成立するとしても、その効果は他の関与者に及ばない場合があるということ認めざるを得ないでしょう。そうだとすれば、結論として、共犯者間において違法判断が相対化することになります。しかし、これは制限従属性説に反するのではないかという疑問が出てきます。

この問題に関して学説の対応は分かれており、議論の内実を正確に理解することはなかなか難しいのですが、大まかに分けると次のように整理することができますと思います。

まず、直接結果を惹起した者の行為の違法性が阻却される場合には、背後にいる共犯者の行為の違法性も阻却されるのが原則であるが、例えば、背後者が正当な理由もないのに違法性が阻却される状況を作出したような場合には、背後者にまで、違法性阻却の効果を連带的に及ぼすべきではない、とする見解があります。これは、結論として、最小限従属性説に至ることになります（従って、正犯行

為の違法性が阻却される場合でも教唆・幫助が成立する可能性を肯定することになります）。もっとも、ここで最小限従属性説がとられるのは、正犯に違法性が欠ける場合でも共犯は成立する場合がある、ということ認められるからで、正犯に構成要件該当性が認められれば、常にそれで足りるというような積極的な主張として最小限従属性説が展開されているわけではないという点に注意しておいた方がよいでしょう（背後者が、直接結果を惹起した者にとって違法性阻却が問題となる状況を「不必要に作出した」という事情が重視されているのです）。また、この見解は、共同正犯においても要素従属性の問題は妥当すると考えています。

次に、共同正犯は正犯であるから従属性は妥当せず、違法性阻却事由の有無は共同正犯者ごとに個別に判断すべきである、とする見解があります。この見解によれば、共同正犯者間で違法が相対化する場合があることになります。他方で、この見解は、狭義の共犯については制限従属性説を維持します（従って、正犯行為の違法性が阻却される場合には教唆・幫助の成立を否定します）。

更に、共犯者間で違法評価は原則的に連帯するが、違法の相対性が認められる場合があるとする見解もあります。特に、違法性の本質に関して行為無価値論を前提にすると、行為者の主観的な認識の違い（例えば、正当防衛における防衛の意思の有無）によって違法評価が分かれる場合があるとされます。この見解は、制限従属性説を原則としつつも、例

外的に違法が相対化する場合を認めるものだといえるでしょうか。

このような見解を参考にしながら、各自、自分で納得のいく説明を考えてみてください。

【共犯と違法性阻却事由に関する諸見解】

A 説：直接結果を惹起した者の行為の違法性が阻却される場合には、背後にいる共犯者の行為の違法性も阻却されるのが原則であるが、例えば、背後者が正当な理由もないのに違法性が阻却される状況を作出したような場合には、背後者にまで、違法性阻却の効果を連带的に及ぼすべきではない

B 説：共同正犯は正犯であるから従属性は妥当せず、違法性阻却事由の有無は共同正犯者ごとに個別に判断すべきである

C 説：共犯者間で違法評価は原則的に連帯するが、違法の相対性が認められる場合がある。違法性の本質に関して行為無価値論を前提にすると、行為者の主観的な認識の違い（例えば、正当防衛における防衛の意思の有無）によって違法評価が分かれる場合がある

なお、関連する問題に2つ触れておくことにします。

1つは、共同正犯と要素従属性の関係です。上で、共同正犯においては、要素従属性は問題とならないという見解を挙げました。例えば、XとYが強盗を共謀し、Xが暴行、

Yが財物奪取を分担した場合、構成要件該当性はXとYの共同行為について判断されるのであり、一方が他方に従属するという関係にはありません（この場合には、そもそも単独で強盗罪の構成要件を実現している者はいません）。また、共同正犯は相互に対等であるとすれば、一方に違法性阻却事由があり、他方にはないという場合、どちらに従属するのかという解決の困難な問題が生ずるでしょう。そういうわけで、共同正犯の場合には、狭義の共犯と同じような意味での従属性は妥当しない、ということは確かでしょう。

ただ、要素従属性の問題が、共犯が成立する「犯罪」が備えているべき必要条件は何かという問題なのだとすれば、共同正犯においても類似の問題は生じ得るでしょう。すなわち、共同正犯が成立するためには、構成要件に該当する行為を共同にすれば足りるのか、それとも、違法行為を共同にすることまで必要なのか、という問題がそれです。そして、この問題について前者のように考えると、結果的にそれは最小限従属性説を採用するのと同じことであるように見えるでしょう。もっとも、これを従属性の問題とするかどうかは、多分に言葉の問題であるようにも思われるところです。

もう1つは、共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否が問題となる場合には、問題の所在が異なるいくつかの事例群があるということです。前掲最決平4・6・5や、その関連で議論されている共同正犯と正当防衛の問題において争点となっているのは、共同正犯者間

での違法の相対性という問題です。これに対して、同じく共同正犯における過剰防衛の成否が問題となった最判平 6・12・6 刑集 48・8・509 では、そもそもどの範囲で共同正犯を肯定することができるのかが問われています。また、前掲最決平 4・6・5 では、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべき」であるとされていますが、すべての要件について個別に判断すべきなのは疑問のあるところでは。特に、防衛行為を複数の者が共同して行う場合、防衛行為の相当性は、それぞれ単独の行為ごとに判断されるのではなく、全体をまとめて判断されるのではないかと思われまます（このような判断を前提としつつ、過剰性を基礎づける事実の認識については各人について個別に判断されるべきであるとして、その認識が欠ける者について故意犯の成立を否定した裁判例として、東京高判平 14・11・21 判時 1823・156 があります）。

最後に、罪名従属性の問題に簡単に触れておきましょう。ここで問われているのは、共犯の成立罪名は正犯の成立罪名と同じでなければならないのか、それとも、共犯の成立罪名は正犯の成立罪名と異なってもよいのかということです。もっとも、實際上、この点が問題とされているのは共同正犯の場合であり、異なる犯罪間で共同正犯は成立し得るのか、という点について見解が分かれています。例えば、問 6¹¹⁾ の①に関しては、X は殺人罪、Y は傷害致死罪の共同正犯となる見解

(行為共同説)、X と Y は殺人罪の共同正犯となり、Y の刑のみ傷害致死罪の限度に止まるとする見解（完全犯罪共同説）、X と Y とは傷害致死罪の限度（構成要件が実質的に重なり合う限度）で共同正犯となり、殺人については X の単独犯となる見解（部分的犯罪共同説）が主張されており、判例は部分的犯罪共同説に立っているとされています（最決昭 54・4・13 刑集 33・3・179、最決平 17・7・4 刑集 59・6・403）。皆さんも、まずは部分的犯罪共同説による処理の仕方をしっかり押さえておいてください。

【罪名従属性に関する諸見解（問 6 ①について）】

- A 説：X は殺人罪、Y は傷害致死罪の共同正犯となる見解（行為共同説）
- B 説：X と Y は殺人罪の共同正犯となり、Y の刑のみ傷害致死罪の限度に止まるとする見解（完全犯罪共同説）
- C 説：X と Y とは傷害致死罪の限度（構成要件が実質的に重なり合う限度）で共同正犯となり、殺人については X の単独犯となる見解（部分的犯罪共同説）

もっとも、問 6 の②③のような場合、部分的犯罪共同説からすると、傷害致死罪の限度で共同正犯が成立するのはよいとして、X に関しては、殺人罪の単独犯とすることはできず、殺人未遂罪の単独犯とせざるを得なくなり不当ではないかという批判が向けられています。これに対して、部分的犯罪共同説の立

場からは、傷害致死罪の限度で共同正犯が成立するという事は、その範囲で一部実行全部責任の法理が働くことを意味するので、死の結果は客観的にXに帰属されることになり、更にXには殺意が認められるのだから殺人既遂罪の成立を肯定することができる、との反論がなされています。しかし、これでは、Xが殺人罪の「単独」正犯であることの説明としては十分ではないように思われます。なぜならば、死の結果は共同正犯を認めることの結果として帰属されるのであり、単独犯の結果として生じているわけではないからです。この問題を回避する方法としては、①Xに殺人罪の間接正犯を肯定する、②部分的犯罪共同説の本旨は構成要件の実質的な重なり合いを一部実行全部責任の法理が働く必要条件とするところにあると理解するといったことが考えられますが、①についてはこのようなケースで一般的に間接正犯を肯定できるのか疑問ですし、②についてはこのように解すると罪名の一致にこだわるべき理由はなく、結論としては端的に殺人罪と傷害致死罪の共同正犯を肯定する方がすっきりしそうであるが、結局それは行為共同説ではないか、といった疑問が出てくるでしょう。ここは学説上もはっきりとした決着がつけられていないところなので、皆さんも考えてみてください。

2. 第16回 間接正犯

今回のテーマは間接正犯です。間接正犯とは、自らは直接構成要件該当事実を実現する

行為を行わず、他人を利用して構成要件を実現する場合のことを指します。例えば、大人が子供に命じて店の商品を盗ませる場合には、それを命じた背後者である大人に窃盗罪の間接正犯が成立する、などとされる場合がこれに当たります。

かつては、間接正犯は処罰の間隙を埋めるために生み出された概念である、といった説明がされていました。すなわち、自らの手で直接に実行行為を行った者のみが正犯であるとする限縮的正犯概念（あるいは形式的客観説）を採用し、共犯の従属性の問題において極端従属性説を採用することによって生ずる処罰の間隙（責任無能力者や刑事未成年者を利用して犯罪を実現した場合など）を埋めるために間接正犯という概念が案出されたかのように説かれていたのです。しかし、このように共犯でないから正犯であるとするかのような考え方は、今日では妥当ではないとされています。また、前回のテーマで見たように、現在では制限従属性説が通説であるとされており、例えば刑事未成年者を利用した場合でも共犯は成立し得るとされていますが、だからといって刑事未成年者を利用した間接正犯が認められないわけではありません。間接正犯は、まさに正犯として処罰されるべき実質を備えているからこそ認められる概念であって、その正犯性を積極的に根拠づける必要があるとするのが今日の一般的な理解であるといえます。

そういうわけで、間接正犯の主たる問題点は、詰まるところ、自ら直接に構成要件該当

行為を行っていないのに、なぜ正犯となるのか、その理由を説明する、ということになります。この点をうまく説明できる一般理論が提示できれば、後はそれに従って具体的事案を処理していけばよいことになるでしょう。

しかし、実はその点が必ずしも明快に説明できないところがあるようです。伝統的には、間接正犯は、背後者が被利用者を自己の犯罪を実現するための道具として利用したから正犯になるのだといわれてきました。しかし、他人を道具として利用したか否か、という言い方は、具体的な内容を示しているというよりは、人を凶器のような犯罪の手段に例える比喩的な表現に近く、判断基準としては不明確にすぎると感じる感じがします。そこで、学説では、間接正犯の正犯性をより具体的・実質的に示すための努力が積み重ねられてきました。そこでは、背後者に行為支配が認められる場合に間接正犯が認められるとする「行為支配説」、背後者に直接正犯と質的に異なる実行行為性（実行の意思と犯罪実現の現実的危険性）が認められる場合に間接正犯が認められるとする「実行行為性説」、被利用者に規範的障害（犯罪行為を思いとどまらせる契機）が存在しない場合には背後者に間接正犯が認められるとする「規範的障害不存在説」、被利用者に当該構成要件の結果についての自律的決定が存在した場合には、背後者の間接正犯性は否定され、そうでない場合には、法的因果関係（及び身分犯・自手犯等においてはそのような特殊な構成要件要素）が満たされる限り、背後者は間接正犯となる

とする「自律的決定不存在説」など、様々な見解が主張されることとなりました。これらはそれぞれよく考えられたもので、もっともだと思われる内容を多く含んでいます。皆様の中にも、このうちのいずれかの見解を支持され、かつ、それを十分に理解して使いこなせる人もいると思います。そういう方は、そのご自分の考え方に従って、問題を処理していただくということで構いません。ただ、そうではなく、どのように説明したらよいのか迷っているという人もいます。これから私がお話しすることは、そのようなまだ間接正犯についてどのように説明したらよいのか迷われている人を主たる対象にしていると思ってください。

【間接正犯の正犯性の根拠に関する諸見解】

- A 説：背後者が被利用者を自己の犯罪を実現するための道具として利用した場合に間接正犯が認められる（道具理論）
- B 説：背後者に行為支配が認められる場合に間接正犯が認められる（行為支配説）
- C 説：背後者に直接正犯と質的に異なる実行行為性（実行の意思と犯罪実現の現実的危険性）が認められる場合に間接正犯が認められる（実行行為性説）
- D 説：被利用者に規範的障害（犯罪行為を思いとどまらせる契機）が存在しない場合には背後者に間接正犯が認められる（規範的障害不存在説）
- E 説：被利用者に当該構成要件の結果についての自律的決定が存在した場合には、

背後者の間接正犯性は否定され、そうでない場合には、相当因果関係（及び身分犯・自手犯等においてはそのような特殊な構成要件要素）が満たされる限り、背後者は間接正犯となる（自律的決定不存在説）

私は、そのような方々に対して、いつも、間接正犯に関する一般的な説明はいわゆる道具理論のフレーズで十分である、と言っています。それはなぜかと言うと、先に挙げたような様々な理論は、どれも大変優れたものなのですが、少し高級すぎる場所があるというか、かなり踏み込んでそれぞれの考え方を理解していないと、実際に問題を解決しようとするときにうまく使えない、ということがままあるからです¹²⁾。例えば、行為支配説という考え方がありますが、皆さんは、行為支配とは何か、と問われたときに、うまく説明できるでしょうか？ うまく説明できるという人は、かなり刑法が好きなのではないかと思います。行為支配説には広大な理論的背景があるのですが、教科書では、行為支配説についてよくて1ページ程度の説明しかなく、これでは本当に理解することはできないだろうな、というのが偽らざる心境です。そういうわけで、この考え方は、ある意味使い手を選ぶところがあり、初学者にはあまり向いていないのではないかなと思います（もちろん、きちんと理解されている方が使う分には全く問題はないです）。

話を戻しますが、私が、とりあえずは道具

理論でよいのではないかと思う理由は、もう1つあります。それは、一般に間接正犯が成立するとされるケースには多様なものがあり、そのすべてについて統一的な正犯性の根拠を与えようとする、あまり実質的な内容の豊かな理論では、すべてをカバーするのが難しくなるのではないかと、という点です。例えば、規範的障害（これも言葉だけでは何のことやらさっぱりわかりませんよね）の有無を基準にする見解によれば、他人の過失行為を利用する場合、別罪の故意を有している者の行為を利用する場合などについては、間接正犯を認めることがなかなか難しいのですが、一般的にはこれらの場合にも間接正犯は肯定できるとされているのです。そのような点に着目すると、様々な間接正犯に関する理論は、それぞれ間接正犯の重要な側面を照らし出すものではあるが、すべてを説明し得るマスターキーのようなものとはいいいまいに思われます。それに比べると、道具理論は、非常に間口が広いといえるでしょう。

もし、これが実情であるとすれば、入り口のところでいたずらに理論面に深入りするよりは、とりあえず一般的なことは道具理論でおさえおき、後は具体的な事実をもとにして考えていく方が、気が利いているのではないかと、というのが私の見立てです。そういうわけで、一般的なことは道具理論でよいのではないかと、いつもいっています。

しかし、一般的な事柄を道具理論で済ませるということは、それだけ規範的な説明は薄くなるということを意味します。「他人を自己

の犯罪の道具のように利用した場合に間接正犯が成立する」とただいって見たところで、具体的な事案の解決に資するところはあまりないでしょう。とすると、結局重要なことは、当該事案における、どのような事実をどのように評価すれば「他人を自己の犯罪の道具のように利用した」といえるのかを具体的に示すことだといえるでしょう。そういうわけで、道具理論に立って説明する場合には、具体的事案に基づいた説明をより厚く行う必要があります。その際、考慮されるべき事情は具体的事案によっていろいろでしょうが、一般的に留意しておくべきものとしては、以下のような事情があるでしょう。まず、背後者はどのような事情を利用しているのかということについて、直接行為者は事情を知らないとか、錯誤に陥っているとか、責任能力がないとか、いろいろあるでしょう。次に、背後者は直接行為者にどのような影響を及ぼしているのかという点でも、騙している、強制している、威迫しているといった事情が考えられるでしょう。更に、直接行為者はどのような状態で行為に出たのかということに関して、自律的な意思決定がどの程度可能だったか、行為に出ない可能性がどの程度あったのか、といった点の判断が問題になるでしょう。これらの事実に着目しながら、最終的に、背後者が他人を道具のように利用して自己の犯罪を実現したと評価することができるかを検討していくという筋道で考えていけば、ほとんどの場合、それほどおかしな解答にはならないはず¹³⁾。

さて、前置きが長すぎた嫌いがありますが、このような考え方を前提にして、いくつか問題となるケースを考えてみることにしましょう。

間接正犯が認められる第1の類型は、自分の命ずる通りに行動する他人を利用するケースです。他人の意思決定に大きな影響を及ぼすことによって自分の思う通りに行動させるといふ点にポイントがあることから、意思支配型と呼ばれることもあります。例えば、問2¹⁴⁾のように是非弁識能力を欠く責任無能力者や未就学児などに盗みを命ずるような場合がこれに当たります。これらの者は、行為の是非を自分で判断する能力が十分ではないことに加え、普段の生活において他者に依存する程度が非常に大きいので、命令を拒絶することができない場合が多いといえるでしょう。

この関係で特に注意を要するのが、問3¹⁵⁾のような刑事未成年者を利用するケースです。刑事未成年者には責任がないので不可罰となりますが、背後者がそのような刑事未成年者を利用して犯罪を実現する場合に間接正犯が認められるか、ということが実際にもよく問題となります。この場合に、直接行為を行っている者に責任がないため不可罰となるのだから、背後者はこのような責任のない者を利用した間接正犯となる、と短絡的に考えてはいけません。なぜならば、この場合に背後者が間接正犯となるには、他人を自分の思う通りに行動させたといえるような状況がなければならぬのですが、刑事未成年者に働

きかける場合のすべてにおいてそのようなことがいえるわけではないからです。皆さん、ご自分が13歳の頃を思い出してみてください。その頃には、皆さん既にやってよいこととやってはいけないことを区別する能力は十分に身につけていたのではないのでしょうか？ここにいらっしゃる皆さんは、間違いなくそうであったらうと私は確信しています。さて、そうであるとすると、例えば、知人の大人から「あの店の物を盗んでこい」といわれて、躊躇することなく応じるのでしょうか？そんなことはないでしょう。きっと、皆さんは、「そんなことはしてはいけない」と考えて思いとどまるはずです（ちなみに、このように直接行為に出る者に心理的に乗り越えなければならぬ規範的なハードルがある状態を、背後者にとって規範的障害がある、と表現します）。それにもかかわらず、その大人が盗みをさせようとするのであれば、躊躇している皆さんに強く働きかけて自分の思う通りにさせようとするでしょう。要するに、命じられた者が命令された通りに行動せざるを得ないだとか、そのように行動してもやむを得ないだとかと思われるような状況が生み出されなければならないということです。

判例は、このような事情を「意思の抑圧」という言葉で表現しています。すなわち、最決昭58・9・21刑集37・7・1070は、父親が12歳の養女に窃盗を命じたという事案に関し、「Xが、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所

論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、Xについては本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」としているのです。ここでは、どうして「意思を抑圧されている」という評価に至ったのか、その根拠となる事実に注目する必要があります。そうすると、「日頃Xの言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた」という事実が挙げられていることが重要な意味をもつことが分かるでしょう。平たくいえば、日ごろから虐待されていたため窃盗を命じられてもそれに逆らえる状態ではなかったというようなことが、「意思の抑圧」ということの実質的な中身だということができるといえます。

もう1つ、最決平13・10・25刑集55・6・519を見てみましょう。今度は、母親が12歳の息子に強盗を命じたという事案です。この事案については、判例は、「本件当時Bには是非弁別の能力があり、Xの指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではな(かった)」として、間接正犯の成立を否定しています。この事案では、母親は、執拗に息子に強盗をするように説得していますが、普段からいうことを聞かないと虐待していたなどというような事情はなく、このように指示命令しただけでは、息子は「意思を抑圧された」とは断じにくいでしょう。これは、息子の側からすると、執拗に説得されたため、なかなか断りにくい心情ではあったかもしれま

せんが、結局は、自分の意思で犯行に及んだと評価されることになるでしょう。そして、このことは、息子が、自分の意思で犯行現場において臨機応変に対処していることから強く推認されることだと思われま。皆さんは、この2つの判例における結論の違いが、どのような事実関係の違いに起因しているか、しっかりと分析してほしいと思います¹⁶⁾。

ところで、平成13年決定に関しては、いくつか補足しておきたいことがあります。

まず、この判例は、息子が現場で「臨機応変に対処」したことを、間接正犯を否定する方向で評価しています。しかし、これを、事前に指示されていたことではないが現場でうまく対処したという事情は、間接正犯を否定する方向に作用する事情である、と一般化することはできないと思います。例えば、平成13年決定の事案を変え、日ごろから言うことを聞かないとひどい虐待を受けていたので、強盗に失敗したらどんな仕打ちを受けるかわからず恐怖を感じ、指示されたことではなかったが現場で何とか自分で考えて対処したというようなケースであれば、かなり印象は違うのではないのでしょうか。指示されなかったことをなぜやったのか、という、理由や背景事情を考えることが重要です。

次に、平成13年決定は、間接正犯を否定した後、「Xは、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、Xに

ついては本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」と判示しています。ここには2つ重要な点が含まれています。1つは、刑事未成熟者との間に共同正犯が成立することを認め、更に、場合によっては教唆犯となる可能性もある、ということを示唆している点です。これは、極端従属性説では説明が困難でしょう。この判例を見ると、判例は極端従属性説をとってはいない、ということができると思います。もう1つは、共同正犯となる理由として挙げている事情です。ここでは、犯行への意欲・動機、犯行への具体的な寄与の中身、犯行によって得られる利益の帰属、といった、判例が狭義の共犯と（共同）正犯とを区別するときに重視していると思われるポイントが、かなりはっきりとした形で挙げられています。これも正犯と共犯の区別を考えるときに、とても役に立つところだと思います。

【刑事未成熟者を利用する間接正犯の成否】

事例：母親Xは、12歳の息子Aに強盗をさせるよう命じた。Aは、いやいやながらこれに応じて強盗を実行した

→ Aに是非弁別能力はあるか？

(→ Yes) ☞ここでNoの場合、制限従属性説によれば共犯の成立可能性は残るが、多くは間接正犯となろう

→ XはAの意思を抑圧したか？

(→ Yes)

→ Xに強盗罪の間接正犯を認める

ことができる

(→ No)

→ Xの関与の態様により、(制限従属性説によれば)教唆犯か(共謀)共同正犯の成立を認めることになろう

☞ もっとも、故意ある幫助的道具を認めるのであれば、なおXを間接正犯とする可能性は残るであろう

さて、このように「意思の抑圧」の有無が刑事未成年者を利用した間接正犯の成否を分ける重要なポイントになるとすると、どのような場合に「意思の抑圧」が肯定されるのか、ということが具体的な問題を考える上で重要な関心事となるでしょう。そして、この点は、「意思の抑圧」という言葉を使うかどうかは別にして、刑事未成年者を利用する場合以外の意思支配型にも共通する問題です。ここは評価の問題が絡みますので、どんな場合にも当てはまる目盛りのようなものがあるわけではなく、また、同じ事案でも人によって判断が分かれることが当然あるでしょう。ただ、1つ注意していただきたいのは、最早命令された通りに行動するほか客観的に選択肢がないというような絶対的強制のような状態にまではなっていないくとも、間接正犯は認めることが可能である、という点です。

このことを確認するために、最決平16・1・20刑集58・1・1を見てみたいと思います。これは被害者に車ごと海中に転落して自殺す

ることを命じたが、被害者は車ごと海に飛び込んだところで脱出し逃げようと考え、実際にそのようにして一命をとりとめた、という事案に関して、殺人未遂罪の成立を認めたものです。この判例では、「本件犯行当時、被害者をして、Xの命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる」として、「Xは、以上のような精神状態に陥っていた被害者に対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者に命令して車ごと海に転落させたXの行為は、殺人罪の実行行為に当たるといふべきである」と判示しています。ここで考えてみてほしいのですが、この事案の場合、被害者は、確かに命令された通りにする以外の行為を選択することができない「精神状態」に陥っていたかもしれませんが、例えば、ピストルを突き付けられて「やらなければ死んでもらう」などと脅されている場合のように物理的に他の選択肢をとることがほとんどできない状態であったとまではいえないでしょう(物理的には警察に助けを求めるなどの選択肢をとることは十分にできる状態だと思われれます)。しかし、そのような絶対的強制の如き状況を作出しなくとも、被害者にそのような行動をとることもやむを得ないと思わせるような状況を作り出したならば、背後者にとって自分の思う通りに被害者を利用したということは十分に可能だと思われれます。その

ような点に留意しながら、例えば、大阪高判平 7・11・9 高刑集 48・3・177 の事案を読んで、間接正犯の肯否について考えてみると勉強になると思います。

なお、前掲最決平 16・1・20 について、せっかくなので少し補足しておきます。この判例を紹介すると、よく「この判例では間接正犯という言葉が出てこないのですが、これを間接正犯として論ずることは間違いにはならないのですか」といった質問を受けます。これはもっともな質問です。確かに、前掲最決平 16・1・20 では間接正犯という言葉が出てこず、「殺人罪の実行行為に当たる」とされています。また、いわゆる偽装心中の事例である最判昭 33・11・21 刑集 12・15・3519 でも間接正犯という言葉は出てきません。これらの判例に共通しているのは、被害者を利用する事案であるということです。講学上、このような事案は、被害者を利用した間接正犯の類型として説明されるのが一般的です。しかし、この場合は、被害者自身に結果が発生するので、背後者による被害者への働きかけそれ自体を実行行為と見ることも可能でしょう。判例はそのような捉え方をしているのだと思います。そこから更に進んで、これを直接正犯だとする見解もありますが、仮に実行行為性を問題にする場合であっても、そこで考慮されている事柄の内実は背後者が被害者を自分の思う通りに行動させることができたかどうかという点であり、実質的には間接正犯であると考えべきだと私は思います。

また、近時、第三者を利用したケースにつ

いても前掲最決平 16・1・20 と同様の判断枠組みを用いている判例が登場しており、注目されるどころです（最決令 2・8・24 刑集 74・5・517）¹⁷⁾。

少し意思支配型の話が長くなりました。他の類型についても、簡単に触れておくことにします。

間接正犯が認められる第 2 の類型が、不知・錯誤を利用するケースです。問 4¹⁸⁾ がその例であり、X には殺人罪の間接正犯が成立する、とされます。この場合も他人を道具のように利用するということができるでしょうが、その意味は、先ほどの意思支配型とはやや異なるように思われます。意思支配型の場合は、相手方の意思に働きかけて自分の思う通りに行動させようとする場合であるのに対して、不知・錯誤を利用するケースでは相手方が事情を知らないのをよいことにこれを利用する（この場合は「支配」という言葉よりは「利用」という言葉の方がしっくりくるのではないのでしょうか）場合です。このとき、なぜ相手方が背後者の思う通りに行動することになるかといえば、それは相手方が事情を知らないからです。つまり、背後者は、相手方よりも事情をよく知っているという知識面での優越性を利用して、相手方を自己の犯罪を実現するための道具として利用するという形になっているのです。

ところで、この場合に相手方が背後者の思う通りに行動すると考えられるのはどうしてでしょうか？ それは、相手方は自分の行っていることが犯罪に当たるということを知ら

ないので、その行為を思いとどまらない可能性が高いと考えられるからではないでしょうか？ 基本的にはそうなのだと思います。ただ、そのように考えると、それでは、相手方の行為自体が犯罪に当たる場合には、その行為を思いとどまる可能性が高い（規範的障害がある）のですから、間接正犯は認められないことになりそうです。この点が問題となるのが、過失行為を利用するケース（問5¹⁹⁾）や、他の犯罪の故意を有する者の行為を利用するケース（問6²⁰⁾）です。規範的障害の有無を重視する見解は、これらのケースに関して間接正犯を否定します。しかし、これらの場合も、背後者が実現しようとしている犯罪との関係でいえば、相手方は事実を知らず、背後者が優越的な知識を有しているというところは変わりがないので、間接正犯を認めることは可能だと思います。他人を自己の犯罪を実現するための道具として利用したといえるかどうかは、問題となる犯罪ごとに個別に判断されるべきである（規範的障害という言葉を使うのであれば、規範的障害の有無は犯罪ごとに判断されるべきである）とでもいえるのでしょうか。

さて、そうすると最後に残るのは、背後者が実現しようとする犯罪事実について相手方が認識しているケースについて間接正犯が成立するのかという問題でしょう。例えば、公務員Xが、非公務員である妻Yに事情を話して、賄賂を収受させた、というケース（問7）について、Xに収賄罪の間接正犯を肯定することができるかということが問題となります。

このケースについては、Xに間接正犯を認める見解が有力なのですが、Yが行為の違法性を正しく認識して行為に出ている場合には、規範的障害の程度が非常に大きくXの道具となっているとはいえないことが多いのではないかと思います。そのような場合は、むしろ、両者を共同正犯とする方が実態に即しているのではないのでしょうか。65条1項は共同正犯にも適用されるということが判例・通説ですので、このように解釈することは十分に可能だと思います。

ところで、上のケースでYに自ら利得する意思は全くなく、完全にXのためだけに賄賂を収受したという場合、Yの共犯としての罪責はどうなるのでしょうか？ 正犯と共犯の区別に関して正犯意思の有無を基準とする判例の立場によれば、Yは共同正犯ではなく幫助犯にとどまるという可能性があります。もしこのように考えると、Yは実行行為を行っているのに幫助犯であるということになります。実行行為を行う従犯だとか、故意ある幫助的道具とか呼ばれる場合がこれです。この場合は、背後者が相手方を支配しているとか利用しているとかということは、かなり難しいと思います。そういう意味では、このような場合に間接正犯は認められないとするのがすっきりはしますが、判例における正犯と共犯の区別基準を前提にすると間接正犯の可能性を完全に排除できるかは疑問です。特に、相互の意思連絡がないため共同正犯を認めることができない（判例は片面的共同正犯を認めません）が、相手方は一方的に背後者のためだ

けに行為に出たというような場合には、故意ある補助的道具を利用した間接正犯と構成するほかないという場合が生じ得るのではないかとも思われます。そのようなわけで、私としては、通常の場合には簡単に故意ある補助的道具を利用した間接正犯は認めない方が賢明だと思いますが、他にうまい解決策が見当たらない場合の窮余の策として頭の片隅に置いておくとういかなと思うところ²¹⁾。

注

- 1) 2023 年度は担当部分に変更になった関係で、このような資料の作成が間に合わなかった。
- 2) 注は、本誌掲載に当たって追加したものである。
- 3) 事前に配布したレジュメに挙げられている設問である。
- 4) このような学び方を苦手とする学生は、かなり多いように感じる。
- 5) 個人的な感覚としては、窃盗罪と横領罪の不法領得の意思の違いについて正確に答えることができる学生は 3 割程度ではないかと思う。
- 6) 筆者の大学院時代の指導教授である八木國之先生は、新派刑法学を支持されていた。その指導を受けながら新派刑法学を支持する立場に立たなかったことは不肖の弟子であるが、新派刑法学を教えていただいたおかげで視野が広がったことは間違いない。学生にも反対の立場に立って考えてみることの重要性を、折に触れ語っている。
- 7) この話から、いわゆる共謀罪を設けることがどのような意味をもつのかということに思いが及ぶ学生がいる。
- 8) X と Y が殺人を共謀し、X が青酸カリを入手したが、実行前に事が発覚した、という事例。
- 9) 現在では、侮辱罪の法定刑は「一年以下の懲役若しくは禁錮若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する」となっている。

そのため、64 条の対象となる（講学上）貴重な犯罪がなくなってしまった。

- 10) 殺人を企図していた X から、毒物の入手を依頼された Y は、情を知りつつ毒物を X に渡したが、実行前に事が発覚した。Y 自身は殺人を実行する意思はなかったとして、Y の罪責はどうか、という設例。
- 11) 問 6 : X は殺人の故意で、Y は傷害の故意で、共同して A を殴打したところ、A は死亡した。このケースについて、以下の各場合における X 及び Y の罪責はどうか。
 - ① X の暴行によって A が死亡した。
 - ② Y の暴行によって A が死亡した。
 - ③ どちらの暴行によって A が死亡したのかは明らかとならなかった。
- 12) 諸理論が錯綜している場合や、難解な理論であるために使いこなすことができない（あるいは誤用する）おそれのあるような場合に、授業で理論面についてどこまで深く踏み込むべきかは悩むところである。この問題に関する筆者の割り切り方については、異論もあるであろう。
- 13) 答案の書き方について、学生にどのようなアドバイスをすべきかは、悩むところであるが、場合によっては、試験戦略的なことも考慮せざるを得ないであろう。事の善し悪しは別として、2 時間、8 頁内で解答することを求められる者の目線に立って、何が書けるかを考える必要はあると思う。
- 14) X は、重度の精神障害を患っている A を利用して他人の物を持ってこさせた、という事例。
- 15) 母親 X が、12 歳の息子 A に強盗をするよう命じ、A は、いやいやながらこれに応じて強盗を実行した、という事例。
- 16) 判例を学習するときに事実関係に留意しなさいということは、常に強調しているが、それを実践してくれる学生はあまり多くはないようである。もっとも、学生の側に立てば、すべての科目について、そのような本来のあるべき学習方法をとっていたのでは、とても 2 ～ 3 年間では全部を終えることはできない、という現実的な問題もあるように思う。

- 17) 最新の判例にどれくらい言及するべきかは、悩むところである。基礎的な理解も覚束ないところで、最新の判例を詳細に論じてみても、かえって理解が歪むおそれがあるだろう。
- 18) Xは、客人Bの殺害を企て、事情を知らないお手伝いさんAに毒入りのお茶をもっていかせたところ、Bは、それを飲んで死亡した、という事例。
- 19) 医師Xは、看護師Aの過失行為を利用して患者Bに毒薬を投与させたところ、それによってBは死亡した、という事例。
- 20) Xが屏風の背後にいるAを殺す目的で、それを知らないYに屏風を射つことを命じ、Yが射つたところAは死亡した、という事例。
- 21) 理論的には興味深いが、あまり一般的とはいえない処理をする場合には、それなりの慎重さが求められるであろう。